

De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht

Louis Visscher^{*}

1. Inleiding

Op 1 januari 2006 is het nieuwe verzekeringsrecht in werking getreden. Titel 7.17 BW vangt de oude regeling uit het Wetboek van Koophandel. Naar aanleiding van de introductie van titel 7.17 BW geef ik in deze bijdrage een (rechts)economische visie op verzekeringen. Ik zal eerst uiteenzetten waarom mensen verzekeringen afsluiten en waarom ze bereid zijn hiervoor een premie te betalen die hoger is dan het verwachte risico dat ze er mee afdekken. Vervolgens ga ik in op twee belangrijke problemen die kunnen ontstaan wanneer mensen verzekerd zijn: moreel risico en averechtse selectie. Hierbij komen eveneens de verschillende methoden aan bod die verzekeraars hebben om deze problemen te bestrijden. Daarna zal ik een aantal artikelen uit titel 7.17 BW nader bespreken en vergelijken met de artikelen uit het Wetboek van Koophandel die ze vervangen. Ik zal in deze bijdrage alleen schadeverzekeringen (inclusief aansprakelijkheidsverzekeringen) bespreken, zodat sommenverzekeringen buiten beschouwing blijven.

2. Waarom sluiten mensen verzekeringen?

Mensen lopen allerlei risico's. Via een verzekering krijgt de verzekerde, als het risico zich verwezenlijkt, geld waarmee hij de negatieve gevolgen kan verkleinen of opheffen. Hij moet een verzekeringspremie betalen en als het risico niet intreedt, is de premie achteraf bezien voor niets betaald. Waarom is iemand bereid nu geld te betalen om later misschien geld terug te krijgen? Het antwoord ligt in de idee van *risicoaversie*.

Mensen hebben in het algemeen liever meer geld (of andere bronnen van welvaart) dan minder, want als ze meer geld hebben, kunnen ze meer dingen doen die ze belangrijk of leuk vinden. In economische termen leveren die dingen 'nut' op. Met de eerste euro's die iemand verwerft, zal hij zijn meest belangrijke behoeften bevredigen, zoals het kopen van voedsel, kleding en huisvesting. Deze activiteiten leveren dus relatief veel nut op. Met de volgende euro's worden activiteiten ondernomen die de actor minder belangrijk vindt dan de eerste levensbehoeften. Naarmate iemand meer geld heeft, besteedt hij zijn volgende euro's dus aan steeds minder belangrijke behoeften.

Als iemand schade lijdt waardoor zijn vermogen daalt, dan kost dit hem nut, want hij houdt minder vermogen over om zijn behoeften mee te kunnen bevredigen. Een tweemaal zo groot verlies in geld leidt tot een meer dan tweemaal zo groot verlies in nut. Immers, naarmate iemand meer geld kwijtraakt, kan hij steeds belangrijker behoeften niet meer bevredigen. Mensen lopen derhalve liever niet het risico om een groot verlies in geld te lijden. Ze hebben een afkeer van risico, of in andere woorden uitgedrukt, ze zijn risicoavers.

Een risicoaverse persoon loopt liever een grotere kans op een kleinere schade, dan een kleinere kans op een grotere schade, bij een gelijkblijvende *verwachte schade* (dit is de kans op schade vermenigvuldigd met de omvang van de schade). Via een verzekering kan dit resultaat worden bereikt. Door het betalen van de premie lijdt de verzekerde een beperkt, maar zeker 'verlies'. Als de verzekerde gebeurtenis intreedt, vergoedt de verzekeraar de schade uit de

^{*} Louis Visscher is Universitair Docent Rechtseconomie aan het *Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE)* van de Erasmus Universiteit Rotterdam. E-mail: visscher@frg.eur.nl. Met dank aan Heico Kerkmeester voor zijn zinvolle suggesties.

premies die hij bij alle verzekerden heeft geïnd. De verzekeringsovereenkomst vervangt zo-
doende onzekerheid door zekerheid. Het gedeelte van de verzekeringspremie dat overeen-
komt met het verwachte risico, wordt vaak de *actuariële premie* genoemd. Als iemand dus
10% kans op een verlies van €10.000 loopt, is de actuariële premie €1.000. De verzekerde is
echter bereid om meer dan alleen deze actuariële premie te betalen. Hij loopt nu immers niet
meer het risico dat hij belangrijke behoeften niet meer kan bevredigen, en dat op zichzelf is
ook geld waard. Doordat de verzekerde meer dan de actuariële premie wil betalen, kan de
verzekeraar de administratieve kosten van zijn onderneming dekken en winst maken.

De verzekeraar voegt vergelijkbare maar van elkaar onafhankelijke risico's samen in een
pool. Elke verzekerde betaalt een premie, maar slechts bij enkelen zal het risico daadwerke-
lijk intreden. De verzekeraar verwerft zo voldoende vermogen om de schade te vergoeden.
Hiervoor is wel vereist dat de verzekeraar een goede inschatting van de risico's kan maken,
om daar de premie op te baseren. In paragraaf 3 bespreek ik twee problemen op dit gebied:
moreel risico en averechtse selectie.

Een verzekering biedt dus zekerheid doordat de verzekerde de risico's die hij in het
maatschappelijk verkeer loopt en die hij zelf niet kan dragen, afwentelt op een collectiviteit.
Dit staat bekend als de *sociale functie* van verzekeringen,¹ welke op gespannen voet kan
staan met de instrumenten ter bestrijding van averechtse selectie en moreel risico.²

3. Moreel risico en averechtse selectie

3.1 Moreel risico

Door de verzekering maakt het mensen in beginsel niet meer uit of de schade intreedt, omdat
deze toch wordt vergoed. Hierdoor kunnen ze minder voorzichtig worden dan toen ze zelf het
risico nog droegen. Als iemand zijn fiets tegen diefstal heeft verzekerd, koopt hij wellicht
geen duur slot meer, en iemand met een aansprakelijkheidsverzekering treft geen kostbare
voorzorgsmaatregelen meer, omdat de eventuele aansprakelijkheid door de verzekering wordt
gedekt.

Deze gedragsverandering, die bekendstaat onder de naam 'moreel risico',³ verhoogt de ver-
wachte schade, want de verzekerde is onzorgvuldiger geworden. De verzekeringspremie moet
nu stijgen om de verwachte schade te kunnen dekken. De verzekerde die moreel risico ver-
toont, veroorzaakt negatieve gevolgen voor derden. Immers, een andere verzekerde die min-
der of geen moreel risico vertoont, draait via de hogere verzekeringspremie nu mede op voor
de kostenstijging die door anderen is veroorzaakt. Als het een aansprakelijkheidsverzekering
betreft, dan leidt moreel risico er toe dat er naar verwachting meer schade aan derden wordt
toegebracht. Als de schadevergoeding niet volledig is, dan worden die derden met hogere
kosten opgezadeld.⁴

¹ Zie bijvoorbeeld J.H. Wansink, 'Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomst in titel
7.17 BW: een nieuw geluid?', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*,
Deventer: Kluwer 2005, p. 3.

² Zie recentelijk M.G. Faure, 'Solidariteit en individualisering in private verzekering en sociale zekerheid', *Ne-
derlandse Juristenblad* 2005, p. 1786 e.v.

³ Voor uiteenlopende omschrijvingen van het begrip moreel risico, zie bijvoorbeeld Asser-Clausing-Wansink 5-
VI 1998, nr. 107 e.v.; M.G. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzeke-
ring*, Deventer: Kluwer 2002, p. 140; P.L. Wery en M.M. Mendell, *Hoofdzaken Verzekeringsrecht*, 9^e druk, De-
venter: Kluwer 2004, p. 9.

⁴ Zie voor dit argument, dat verzekeringen kunnen leiden tot negatieve gevolgen voor derden, S.A. Rea, 'The
Economics of Insurance Law', (13) *International Review of Law and Economics* 1993, p. 146 e.v.

Moreel risico leidt tot welvaartsverlaging, omdat mensen niet meer de juiste afweging maken tussen enerzijds de kosten van voorzorgsmaatregelen en anderzijds de schade die ze daarmee kunnen vermijden. Het is wenselijk dat mensen voorzorgsmaatregelen treffen die minder kosten dan ze opleveren aan reductie in verwachte schade, omdat zo de totale kosten van schadeveroorzakende gebeurtenissen minimaal zijn. Doordat de verwachte schade wordt afgewenteld op de verzekeraar heeft de verzekerde geen prikkel meer om die maatregelen daadwerkelijk te treffen. De mogelijke oplossingen voor dit probleem worden in paragraaf 3.3 besproken.

3.2 *Averechtse selectie*

De verzekeraar maakt een inschatting van het risico dat potentiële verzekerden willen afdekken, omdat de premies die hij ontvangt tezamen hoog genoeg moeten zijn om de schade mee te kunnen dekken. Bij het inschatten van die risico's heeft de verzekeraar te maken met onvolledige informatie. De ene verzekerde zal naar verwachting minder schade lijden of veroorzaken dan de andere, bijvoorbeeld doordat hij beter auto kan rijden, gezonder is, minder moreel risico vertoont, *et cetera*.

Als de verzekeraar voorafgaand aan het aanbieden van het contract niet kan achterhalen wie de goede risico's zijn en wie de slechte, bijvoorbeeld omdat het te duur is om de benodigde informatie te vergaren, dan baseert hij de premie op zijn inschatting van het *gemiddelde* risico van de hele groep. De relatief goede risico's betalen dan dus een te hoge premie (want zij zullen minder schade lijden of veroorzaken dan gemiddeld) en de relatief slechte risico's een te lage premie. De goede risico's vinden de verzekering te duur en beëindigen deze wellicht. Het gemiddelde risico van de resterende groep stijgt hierdoor (de goede risico's die het gemiddelde drukten zijn nu weg) en de verzekeraar zal de premie aanpassen aan dit nieuwe gemiddelde. De verzekering wordt duurder, en wederom zullen de relatief goede risico's uit de verzekering stappen. Dit proces gaat door totdat alleen de slechtste risico's overblijven. Er treedt dus een selectie op, waarbij de mensen overblijven die de verzekeraar liever niet zou willen verzekeren, omdat ze teveel schade lijden of veroorzaken. Daarom wordt dit verschijnsel *averechtse selectie* of *antiselectie* genoemd. Dit proces kan zo ver doorgaan, dat het betreffende risico onverzekerbaar wordt.⁵

3.3 *Remedies*

Er zijn verschillende manieren waarop *averechtse selectie* en *moreel risico* kunnen worden bestreden. Allereerst kan de verzekeraar in de polis voorschrijven hoe de verzekerde zich moet gedragen, om zo *moreel risico* tegen te gaan. De fietsverzekeraar uit het voorbeeld kan bijvoorbeeld vereisen dat er een veiligheidsslot op de fiets wordt gezet en dat de verzekerde die een beroep op de verzekering doet, de twee originele fietssleuteltjes kan laten zien (omdat dat betekent dat de fiets op slot stond). Ook kan de premie voor bijvoorbeeld een inboedelverzekering worden verlaagd als de woning vanwege goed hang- en sluitwerk en de aanwezigheid van een rookmelder het politiekeurmerk Veilig Wonen heeft. Het aanpassen van de premie aan het daadwerkelijke gedrag brengt echter kosten voor de verzekeraar met zich mee (zoals kosten van toezicht). Deze transactiekosten zorgen er voor dat de verzekeraar de premie niet volledig op het gedrag van de verzekerde kan baseren, zodat andere remedies nodig zijn.

⁵ Zie bijvoorbeeld G.L.Priest, 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', (96) *The Yale Law Journal* 1987, p.1563 e.v.; Faure 2005, p. 1787.

Een tweede manier om moreel risico te bestrijden, is om de verzekerde zelf een deel van het risico te laten dragen, zodat hij er belang bij heeft dat de schade niet intreedt. Dit kan middels een eigen risico (de verzekerde krijgt niet alle schade vergoed), maar ook door de premie te verhogen als de verzekerde gebruik maakt van de verzekering en juist te verlagen als hij de verzekering niet gebruikt (een *no claim-* of *bonus/malusregeling*). Hiermee wordt eveneens averechtse selectie bestreden, omdat de goede risico's vanzelf een lagere premie gaan betalen dan de slechte risico's. De hoogte van het optimale eigen risico hangt mede af van de hoogte van de zorgkosten van de verzekerde. Bij goedkope voorzorgsmaatregelen kan de dekking bijna volledig zijn, omdat een klein eigen risico al voldoende is om de verzekerde tot zorg aan te zetten. Bij wat hogere zorgkosten is een groter eigen risico nodig. Als de zorgkosten erg hoog zijn, is volledige dekking juist beter, omdat er geen prikkels tot extra zorg moeten worden gegeven.⁶

Ook voorafgaand aan het sluiten van het contract kan de verzekeraar goede en slechte risico's onderscheiden, om zo averechtse selectie tegen te gaan. Het is te duur om de benodigde informatie voor elk individueel geval te achterhalen, maar de verzekeraar heeft wel gegevens over diverse categorieën verzekerden en het bijbehorende risicoprofiel. Zo blijken mannen in het algemeen meer schade met hun auto te veroorzaken dan vrouwen, en jonge mannen weer meer dan wat oudere mannen. Ook de woonplaats is van belang, omdat het verkeer in een drukke stad tot meer ongevallen aanleiding kan geven dan in een rustig dorp. Ook het type auto heeft invloed: hoe groter en zwaarder de auto, hoe meer schade er mee kan worden veroorzaakt. En het type auto kan iets zeggen over het type bestuurder, denk aan het verschil tussen een Ferrari Testarossa en een Ford Focus. Door de premie te baseren op al deze factoren zorgt de verzekeraar ervoor dat de statistisch goede risico's een lagere premie betalen dan de statistisch slechte risico's, zodat de goede risico's niet uit de verzekering stappen omdat ze de premie te hoog vinden.⁷ Verdere verfijningen binnen een categorie vinden vervolgens plaats op basis van de bonus/malusregeling.

Vervolgens bestrijdt het verplicht stellen van een verzekering averechtse selectie omdat de goede risico's niet uit de groep *kunnen* stappen. Bij niet-verplichte verzekeringen zou de verzekeraar juist kunnen beslissen een potentiële verzekerde te weigeren, als hij het risico te hoog vindt. De sociale functie van verzekeringen beperkt deze acceptatievrijheid echter bij bijvoorbeeld zorgverzekeringen, en limiteert het vraag- en onderzoeksrecht van de verzekeraar waarmee hij het risico van wel geaccepteerde verzekerden wil inschatten.⁸

4. Titel 7.17 BW en het Wetboek van Koophandel

In deze paragraaf bespreek ik een aantal artikelen uit titel 7.17 BW vanuit het hierboven geschetste perspectief, en vergelijk ik die artikelen met hun tegenhanger in de oude regeling van het Wetboek van Koophandel.

4.1 Onzekerheid

Volgens art. 7:925 BW (in het vervolg laat ik de aanduiding 'BW' achterwege) is verzekering een overeenkomst waarbij de verzekeraar zich, in ruil voor de premie, jegens de verzekeringnemer verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen en waarbij bij het sluiten van de

⁶ Zie S. Shavell, 'On Moral Hazard and Insurance', (93) *Quarterly Journal of Economics* 1979, p. 546, 547.

⁷ Bij zorgverzekeringen zijn relevante factoren de leeftijd, eet- en drinkgewoonten, rookgedrag, erfelijke ziektes, de eigen ziektegeschiedenis, al dan niet sporten en dergelijke.

⁸ J.H. Wansink 2005, p. 7, 8.

overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of hoe lang de premiebetaling zal duren. In het oude art. 246 Wetboek van Koophandel ('246K') werd gesproken van een 'onzeker voorval', maar omdat niet bij alle vormen van verzekering kan worden gesproken van een voorval, is in de nieuwe regeling gekozen voor 'onzekerheid' als kenmerkend element.⁹ Verzekeraars die de onzekerheid aan het verzekerde voorval willen koppelen, kunnen dit in hun verzekeringsbepalingen opnemen.¹⁰

Via de verzekering worden risico's afgedekt, hetgeen alleen mogelijk is als de verzekeraar op grond van een risico-inschatting een goede premieberekening kan maken. Als de verzekerde zeker weet dat het risico is ingetreden of zal intreden, dan vormt hij een slecht risico. Als hij zich onder dezelfde voorwaarden kan verzekeren als mensen bij wie het niet zeker is dat het risico zal intreden, dan ontstaat het probleem van averechtse selectie. Het onzekerheidsvereiste voorkomt dit. Art. 269K, dat stelde dat een verzekering nietig is als de verzekerde bij het aangaan van de overeenkomst al wist dat de schade bestond, past in deze redenering.

Vanzelfsprekend hangt het van het type verzekering af hoe het onzekerheidsvereiste precies moet worden ingevuld. Zo is het bij ziektekostenverzekeringen bij de meeste mensen vrijwel zeker dat ze een aantal malen van de verzekering gebruik zullen maken, maar het is onzeker wanneer en in welke mate. Bij bijvoorbeeld brandverzekeringen is het juist onzeker of er ooit een beroep op wordt gedaan.

4.2 Het verzekerde belang

De verzekeringsovereenkomst dekt slechts de belangen van de verzekeringnemer, tenzij anders overeengekomen, aldus art. 7:946. Art. 250K bepaalde dat als de verzekerde geen belang in het verzekerde voorwerp heeft, de verzekeraar niet hoeft uit te keren. Deze artikelen bestrijden moreel risico. Immers, als A een verzekering kan afsluiten op een belang van B, dan ontvangt A geld als de verzekerde gebeurtenis intreedt, terwijl B schade lijdt. A profiteert er dus van als de verzekerde gebeurtenis intreedt, en hij zal dit wellicht zelfs willen bevorderen. Hier treden eveneens duidelijk de negatieve gevolgen voor derden op, waaraan in paragraaf 3.1 reeds aandacht is besteed.¹¹

Volgens art. 7:948 en art. 263K volgt de verzekering het belang, hetgeen in dezelfde redenering past. Als A een verzekerde zaak verkoopt zodat hij er geen belang meer in heeft, maar nog wel steeds een verzekeringsuitkering zou krijgen als de zaak wordt beschadigd, dan zou hij van die schade profiteren. De verzekering gaat daarom over op de verkrijger van de zaak. In het nieuwe recht moet de nieuwe verzekerde binnen een maand aan de verzekeraar verklaren dat hij de verzekering wil voortzetten, waarna de verzekeraar de verzekering eventueel kan opzeggen. Dit geeft partijen de mogelijkheid om andere afspraken te maken als dat in de nieuwe situatie beter is. De nieuwe verzekerde kan bijvoorbeeld een ander risicoprofiel hebben dan de oude, zodat de verzekeraar hem niet onder dezelfde voorwaarden wil verzekeren. De meldingsplicht van de nieuwe verzekerde maakt gebruik van zijn superieure informatie, want hij weet immers dat er een overdacht heeft plaatsgevonden. Het is beter dat hij dit moet

⁹ Zie bijvoorbeeld W.J. Oostwouder en N. Vloemans, 'Inleiding', in: M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 9.

¹⁰ De Juridische Commissie Schade van het Verbond van Verzekeraars geeft hiervoor in haar 'Modelteksten 7.17 voor schadeverzekeringen' een voorbeeld, zie www.verzekeraars.nl/download/modeltekst717.pdf.

¹¹ Zie ook Rea 1993, p. 147, 148.

melden dan dat de verzekeraar continu moet onderzoeken of zich veranderingen hebben voorgedaan.¹²

4.3 Indemniteitsbeginsel

Het zogenaamde indemniteitsbeginsel houdt in dat de verzekering op vergoeding van de schade moet zijn gericht, en niet de strekking mag hebben de verzekerde als gevolg van het verzuim voorval in een duidelijk voordeliger positie te brengen. Ook mag de verzekerde zonder die strekking in beginsel niet in een duidelijk voordeliger positie geraken.¹³ Art. 7:960 legt, in samenhang met art. 7:944 dit beginsel neer, overeenkomstig hoe de Hoge Raad het onder het oude recht heeft ontwikkeld. Het beginsel voorkomt dus dat de verzekerde er baat bij heeft dat het verzuim risico intreedt, hetgeen moreel risico zou kunnen veroorzaken.

In overeenstemming met het indemniteitsbeginsel bepaalde art. 253K dat bij oververzekering de verzekering alleen geldig was tot de waarde van het verzuim voorwerp. Art. 252K bepaalde dat een tweede verzekering op hetzelfde belang nietig was. Beide artikelen bestreden moreel risico. In het nieuwe recht wordt meervoudige verzekering niet meer als onwenselijk gezien zodat een eventuele tweede verzekering niet nietig is, maar wordt in art. 7:961 een regeling gegeven die eveneens moreel risico tegengaat. De verzekerde kan namelijk, met inachtneming van het indemniteitsbeginsel, elk van de betrokken verzekeraars aanspreken. Deze kunnen vervolgens onderling verhaal nemen voor gedane uitkeringen.

Art. 7:961 is van regelend recht. Verzekeraars kunnen dus in de polis afwijkende voorwaarden opnemen, bijvoorbeeld de ‘na-u-clausule’, waarin de verzekeraar aangeeft de schade niet te dekken als deze reeds wordt gedekt door een andere verzekering.¹⁴ Zulke clausules verlagen de premie en bieden de mogelijkheid een aanvullende dekking te af te spreken. Als zulke clausules tegen elkaar wegvallen, herleeft het wettelijk regime.

Het exact vaststellen van de schade brengt transactiekosten met zich mee. Om op deze kosten te besparen, wordt soms van genormeerde bedragen gebruikgemaakt. Zo hanteren inboedelverzekeringen vaak ‘inboedelmeters’ waarmee de waarde van de inboedel wordt bepaald op basis van factoren zoals inkomen, gezinssamenstelling en type woning, en niet op basis van een nauwkeurige inventarisatie. Het kan dan gebeuren dat de verzekerde meer krijgt uitgekeerd dan zijn inboedel waard was. Vanwege de aanzienlijke besparing in transactiekosten en het kleine probleem van moreel risico (slechts weinig mensen zullen hun huis in brand steken om een mogelijke beperkte overwaarde op de verzekerde inboedel te incasseren) zijn zulke uitzonderingen op het indemniteitsbeginsel economisch verantwoord.

4.4 Informatieasymmetrie

De verzekeraar is voor het inschatten van de risico’s sterk afhankelijk van de informatie die de verzekerde hem verstrekt, bijvoorbeeld ten aanzien van gezondheid of levensstijl. Ook zal de verzekeraar bij bijvoorbeeld een reisverzekering tot op zekere hoogte de verzekerde moeten vertrouwen, als deze aangeeft dat bepaalde zaken zijn gestolen. Een verzekeringsovereenkomst wordt daarom wel aangeduid als een *contractus uberrimae fidei*.

¹² Onder het oude recht werd hetzelfde resultaat bereikt via de polisvoorwaarden, zie F. Stadermann, ‘Overgang van het verzekerd belang’, in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 118.

¹³ Asser-Clausing-Wansink 5-VI 1998, nr. 236.

¹⁴ Zie verder G. Klink, ‘Samenloop van verzekeringen’, in: M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 286, 287.

Om voldoende informatie te vergaren, mag een verzekeraar de potentiële verzekerde vragen stellen naar bijvoorbeeld zijn gezondheid, strafrechtelijk verleden *et cetera*. Omdat verzekeringen alleen kunnen bestaan bij de gratie van goede risico-inschattingen, is het van groot belang dat de potentiële verzekerde correcte informatie verschaft, zelfs als dat in zijn eigen nadeel is. Art. 251K bepaalde dan ook dat verkeerde of onwaarachtige opgave of verzwijging van omstandigheden van zodanige aard dat de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten als de verzekeraar ze had geweten, de verzekering vernietigbaar maakte. Deze zware sanctie is (rechts)economisch verklaarbaar door de lage ‘pakkans’, omdat de verzekeraar in veel gevallen niet zal ontdekken dat er iets mis was. Wil de verzekerde toch gedragsprikkels ontvangen, dan moet de sanctie hoog zijn, om zo de lage pakkans te compenseren. Tolman betoogt dat de verzekeraar ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel inderdaad op deze manier beschermd moest worden, maar dat de verzekeraars van tegenwoordig veel betere informatie hebben en dat ze via aanvraagformulieren gericht onderzoek kunnen doen naar wat ze willen weten. In de jurisprudentie is de strenge sanctie van art. 251K dan ook uitgehold, en het nieuwe recht legt deze ontwikkeling in de wet vast.¹⁵

Art. 7:928 geeft aan dat de aanvrager de feiten moet meedelen die hij kent of behoort te kennen en waarvan hij weet of kan begrijpen dat deze voor de verzekeraar van belang zijn. Gerichtte vragen moeten juist en volledig worden beantwoord. Verzekeraars vragen vaak naar het strafrechtelijk verleden, omdat dit informatie kan verstrekken over het type risico dat de aanvrager is, zodat het averechtse selectie kan bestrijden. Ook kan het zijn dat mensen met een strafrechtelijk verleden meer moreel risico zullen vertonen dan anderen. Als de verzekering wordt gesloten op basis van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, dan bepaalt die lijst de omvang van de mededelingsplicht.

De verzekeraar die ontdekt dat de verzekeringnemer niet aan de mededelingsplicht heeft voldaan met het opzet om hem te misleiden, of die bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten, kan de overeenkomst volgens art. 7:929 binnen twee maanden na ontdekking opzeggen. Ook kan de verzekeraar natuurlijk met de verzekeringnemer onderhandelen over een voortzetting op gewijzigde voorwaarden.¹⁶

Art. 7:930 geeft aan dat het overeengekomen bedrag volledig wordt uitgekeerd als de niet of onjuist meegedeelde feiten van geen belang zijn voor het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt. Als de feiten tot een hogere premie of een lagere dekking zouden hebben geleid, dan wordt de uitkering evenredig verlaagd, en als de verzekeraar andere voorwaarden zou hebben gesteld, dan wordt uitgekeerd alsof deze voorwaarden golden. Als de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben afgesloten, dan wordt in het geheel niet uitgekeerd. Als de verzekeringnemer opzet had om de verzekeraar te misleiden, wordt evenmin iets uitgekeerd. Dit sanctiestelsel maakt het nog steeds mogelijk moreel risico te bestrijden, en heeft als voordeel boven art. 251K dat de sanctie kan worden aangepast aan de mate van laakbaarheid van het gedrag, en de gevolgen daarvan voor de risico-inschatting door de verzekeraar. Vanwege de lage pakkans moet echter niet te snel worden geoordeeld dat een sanctie te zwaar is, zodat de sancties van de nieuwe regeling vanuit economische optiek te licht lijken.

Hierbij moet vanzelfsprekend rekening worden gehouden met informatiekosten aan de zijde van de verzekerde. Omdat het voor verzekerden in het algemeen niet duidelijk zal zijn welke factoren voor de verzekeraar allemaal van belang zijn, is het goed dat de mededelingsplicht

¹⁵ M.J. Tolman, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen’, in: M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 101, 102.

¹⁶ Zie L. Dommering-van Rongen, ‘De mededelingsplicht van de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering’, in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 43.

van de verzekerde door de gehanteerde vragenlijst wordt begrensd. De verzekeraar weet het beste welke informatie hij nodig heeft en het is dan ook aan hem om daarnaar te vragen.

Een andere vorm van informatieasymmetrie ontstaat doordat de verzekerde eerder op de hoogte is van het intreden van de verzekerde gebeurtenis dan de verzekeraar. Om te voorkomen dat door het verstrijken van tijd bewijs verloren gaat waarmee de toedracht beter had kunnen worden bepaald, is het wenselijk dat er zo snel mogelijk melding van het voorval wordt gedaan. Art. 7:941 houdt deze plicht in, en schept tevens de plicht om inlichtingen en bescheiden aan de verzekeraar te verschaffen. Bij niet-nakoming van deze plichten kan de uitkering worden verlaagd, of bij opzet tot misleiding zelfs geheel komen te vervallen.

4.5 De invloed van de verzekerde op de schade

Als een verzekeraar ook moet uitkeren als de verzekerde door zijn eigen schuld de schade heeft veroorzaakt, kan dat moreel risico in de hand werken. Uitsluiting van dekking kan daarentegen goede zorgprikkels geven, maar omdat het voor mensen zeer kostbaar of zelfs onmogelijk is om altijd zorgvuldig te zijn en ze zich juist willen verzekeren tegen risico's die vooral optreden bij onzorgvuldigheid, is categorische uitsluiting bij eigen schuld een te verre gaande maatregel. Dat geldt te meer, nu de verzekeraar via een bonus/malusregeling financiële gevolgen kan verbinden aan onzorgvuldig gedrag.

Niet elke vorm van eigen schuld rechtvaardigt uitsluiting van dekking, maar de verzekerde moet wel zorgprikkels ontvangen. Verzekering tegen opzettelijk toegebrachte schade (opzet als oogmerk of zekerheidsbewustzijn) is in elk geval niet mogelijk, want zo'n overeenkomst is nietig vanwege strijd met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40).¹⁷ Onder het oude recht werd in de praktijk niet elke vorm van eigen schuld uitgesloten, maar was 'merkelijke schuld' vereist.¹⁸ In de polisvoorwaarden kunnen andere normen worden gehanteerd. Zo zullen bij reisverzekeringen ook lichtere vormen van eigen schuld vaak van dekking worden uitgesloten, terwijl aansprakelijkheidsverzekeringen ook dekking tegen roekeloosheid kunnen bieden.

Art. 7:952 legt de grens bij 'opzet of roekeloosheid'. Uit jurisprudentie en literatuur volgt dat dit een strengere eis is dan de merkelijke schuld uit de oude regeling.¹⁹ Onder het nieuwe recht zullen verzekeraars dus, om dezelfde uitsluitingen te bereiken als onder het oude recht, meer gedragingen expliciet in de polis van dekking uitsluiten.

De verzekeringnemer en/of verzekerde moet, zodra hij van de (ophanden zijnde) verwezenlijking van het risico op de hoogte is of behoort te zijn, redelijke maatregelen treffen die de schade kunnen voorkomen of verhinderen. Dit is de bereddingsplicht uit art. 7:957 en art. 283K. De kosten komen ten laste van de verzekeraar. Als de verzekerde zijn plicht niet nakomt, kan de verzekeraar de uitkering verminderen met de schade die hij daardoor heeft geleden.²⁰

¹⁷ Zie bijvoorbeeld J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekeraarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p.145 e.v. Als de verzekeraar ook voorwaardelijk opzet wil uitsluiten, dan moet dat dus in de polis worden vastgelegd.

¹⁸ Asser-Clausing-Wansink 5-VI 1998, nr. 254; J.H. Wansink en J.G.C. Kamphuisen (red.), *Verzekeringsrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 40.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Asser-Clausing-Wansink 5-VI 1998, nr. 261 en P.J.M. Drion, 'Wettelijke uitsluitingen', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 102 e.v.

²⁰ In de 'Modelteksten' geeft het Verbond van Verzekeraars een voorbeeld van een bepaling die, als de verzekerde zijn bereddingsplicht niet nakomt en de verzekeraar daardoor in zijn belangen is geschaad, er toe leidt dat

Vanuit economisch oogpunt is schadebeperking wenselijk, mits de beperkingsmaatregelen minder kosten dan ze opleveren. Op die manier worden de totale kosten immers verlaagd. Art. 7:957 geeft prikkels om die maatregelen daadwerkelijk te treffen.²¹ Doordat art. 7:959 echter stelt dat de kosten ook moeten worden vergoed als ze tezamen met de vergoeding voor de schade de verzekerde som overschrijden, bestaat het gevaar dat maatregelen worden getroffen die meer kosten dan ze opleveren, hetgeen inefficiënt is. Omdat de maatregelen *redelijk* moeten zijn, blijft dit probleem wellicht beperkt. Art. 7:959 is van regelend recht, zodat verzekeraars er van kunnen afwijken, maar art. 7:963 lid 6 geeft aan dat als de verzekeringnemer een natuurlijk persoon is die de verzekering anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf heeft gesloten, de verzekeraar in elk geval bereddingskosten tot een maximum van de verzekerde som zal moeten vergoeden. Dat betekent dat de verzekeraar dan maximaal tweemaal de verzekerde som zal moeten uitkeren.²² De verzekeraar zal in de premie rekening houden met de mogelijkheid dat hij meer dan de verzekerde som moet uitkeren. Vanuit rechtseconomische optiek is het goed dat de verzekeraar de mogelijkheid krijgt van art. 7:959 af te wijken, maar de beperking die art. 6:793 lid 6 stelt en die onder het oude recht niet bestond omdat art. 283K van regelend recht was, kan ervoor zorgen dat er inefficiënte bereddingsmaatregelen worden genomen.

5. Conclusie

In deze bijdrage heb ik de economische rationale van verzekeringen uiteengezet en heb ik laten zien dat er zowel in de oude regeling uit het Wetboek van Koophandel als in de nieuwe regeling van Titel 7.17 BW veel bepalingen staan die de problemen van averechtse selectie en moreel risico pogen te bestrijden. Het is voor de verzekeraar van essentieel belang dat de verzekeraar een goede inschatting van de betreffende risico's kan maken, de potentiële verzekerden kan indelen in diverse risicogroepen en de premie en verzekeringsvoorwaarden kan aanpassen aan het gedrag van de verzekerden. De sociale functie van verzekeringen, die steeds belangrijker wordt en ook in de nieuwe regeling haar sporen heeft achtergelaten, kan hiermee op gespannen voet staan, bijvoorbeeld doordat de verzekeraar een acceptatieplicht heeft of doordat het niet goed mogelijk is de premie of dekking aan het gedrag van de verzekerde aan te passen. Er moet voor worden gewaakt dat averechtse selectie en moreel risico zulke proporties aannemen dat bepaalde risico's onverzekeraar worden. De remedies die het verzekeringsrecht in beginsel biedt, moeten daarom daadwerkelijk worden benut om de geschetste problemen tegen te gaan.

de verzekerde geen rechten aan de verzekering kan ontnemen. Daarmee hoeft de verzekeraar niet meer te bewijzen hoeveel schade hij heeft geleden door de schending van de bereddingsplicht.

²¹ In het onrechtmatigedaadsrecht zien we een vergelijkbare figuur in de schadebeperkingsplicht. De kosten van schadebeperkingsmaatregelen komen volgens art. 6:96 voor vergoeding in aanmerking, terwijl het nalaten ervan via een eigenschuldverweer ex art. 6:101 tot een lagere schadevergoeding leidt. Zie voor de economische rationale hiervan L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 204 e.v.

²² Zie bijvoorbeeld P.J.B. Heemskerk en N. Vloemans, 'Bereddingsplicht en informatieplicht: beperken is beter dan betalen', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2005, p. 242.